

STJ00098002

RAFAEL WALLBACH SCHWIND

Marçal Justen Filho

Prefácio

LICITAÇÕES INTERNACIONAIS
PARTICIPAÇÃO DE ESTRANGEIROS
E LICITAÇÕES REALIZADAS COM
FINANCIAMENTO EXTERNO

Belo Horizonte



2013

© 2013 Editora Fórum Ltda.

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio eletrônico, inclusive por processos xerográficos, sem autorização expressa do Editor.

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari	Flávio Henrique Unes Pereira
Alécia Paolucci Nogueira Bicalho	Floriano de Azevedo Marques Neto
Alexandre Coutinho Pagliarini	Gustavo Justino de Oliveira
André Ramos Tavares	Inês Virgínia Prado Soares
Carlos Ayres Britto	Jorge Ulisses Jacoby Fernandes
Carlos Mário da Silva Velloso	Juarez Freitas
Cármem Lúcia Antunes Rocha	Luciano Ferraz
Cesar Augusto Guimarães Pereira	Lúcio Delfino
Clovis Beznos	Marcia Carla Pereira Ribeiro
Cristiana Fortini	Márcio Cammarosano
Dinorá Adelaide Musetti Grotti	Maria Sylvia Zanella Di Pietro
Diogo de Figueiredo Moreira Neto	Ney José de Freitas
Egon Bockmann Moreira	Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho
Emerson Gabardo	Paulo Modesto
Fabício Motta	Romeu Felipe Bacellar Filho
Fernando Rossi	Sérgio Guerra



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Supervisão editorial: Marcelo Belico
Revisão: Cida Ribeiro

Bibliotecária: Tatiana Augusta Duarte - CRB 2842 - 6ª Região
Capa, projeto gráfico: Walter Santos
Diagramação: Reginaldo César de Sousa Pedrosa

Av. Afonso Pena, 2770 – 15º/16º andares – Funcionários – CEP 30130-007
Belo Horizonte – Minas Gerais – Tel.: (31) 2121.4900 / 2121.4949
www.editoraforum.com.br – editoraforum@editoraforum.com.br

S5621 Schwind, Rafael Wallbach

Licitações internacionais: participação de estrangeiros e licitações realizadas com financiamento externo / Rafael Wallbach Schwind ; prefácio de Marçal Justen Filho. – Belo Horizonte : Fórum, 2013.

276 p.
ISBN 978-85-7700-702-8

1. Direito administrativo. 2. Licitações. 3. Contratos administrativos. I. Justen Filho, Marçal. II. Título.

555 = 979380

CDD: 341.3
CDU: 342.9

Informação bibliográfica deste livro, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SCHWIND, Rafael Wallbach. *Licitações internacionais*: participação de estrangeiros e licitações realizadas com financiamento externo. Belo Horizonte: Fórum, 2013. 276 p. ISBN 978-85-7700-702-8.

SUMÁRIO

PREFÁCIO	
Marçal Justen Filho	17
APRESENTAÇÃO	21
CAPÍTULO 1	
CARACTERIZAÇÃO DAS LICITAÇÕES INTERNACIONAIS E	
PLANO DE EXPOSIÇÃO	25
1.1 Explicação prévia	25
1.2 Ausência de conceituação nas leis que regem as licitações	
públicas.....	25
1.3 A definição pelas normas que regem o <i>drawback</i>	27
1.4 Possíveis critérios caracterizadores da licitação	
internacional	28
1.4.1 Realização no exterior	29
1.4.2 Divulgação no exterior	29
1.4.3 Recursos de fonte externa.....	30
1.4.4 Participação de estrangeiros.....	31
1.4.5 Desnecessidade de os estrangeiros terem autorização para	
funcionamento no Brasil	31
1.5 Sistematização da matéria	32
1.6 Inexistência de alterações no Regime Diferenciado de	
Contratações Públicas (RDC)	34
1.7 Plano de exposição.....	35
CAPÍTULO 2	
PARTICIPAÇÃO DE ESTRANGEIROS EM LICITAÇÕES	
PÚBLICAS NO BRASIL	37
2.1 Explicação prévia	37
2.2 A participação de estrangeiros e o princípio da isonomia.....	38
2.2.1 O princípio da isonomia: noção geral.....	38
2.2.2 A licitação como procedimento essencialmente	
discriminatório	39
2.2.3 A isonomia e a participação de estrangeiros.....	40
2.2.3.1 Regra geral: possibilidade de participação de estrangeiros.....	40

2.2.3.2	Atividades restritas a brasileiros	42
2.2.3.3	Tratamento isonômico entre nacionais e estrangeiros.....	42
2.2.3.4	A questão do domicílio no Brasil.....	43
2.2.3.5	Participação de licitantes nacionais e financiamento estrangeiro	44
2.2.4	Exceções legais: a proteção da indústria brasileira e o fomento ao desenvolvimento nacional.....	44
2.2.4.1	Exceções previstas na Lei nº 8.666	44
2.2.4.2	A Lei nº 12.349 e o incentivo ao desenvolvimento nacional	45
2.2.4.3	A Lei nº 12.598 e as contratações no setor de defesa.....	47
2.2.4.4	Considerações críticas	49
2.3	Ainda a distinção entre licitações nacionais e internacionais e a participação de estrangeiros.....	50
2.4	Requisitos para a participação de licitantes estrangeiros	51
2.4.1	A questão da autorização para funcionamento no Brasil	51
2.4.1.1	A disciplina legal para obtenção de autorização de funcionamento.....	52
2.4.1.2	O critério para definição da necessidade de autorização: “funcionamento” no Brasil	53
2.4.1.3	A participação de empresa estrangeira em consórcio que será convertido em sociedade de propósito específico.....	55
2.4.1.4	Momento de comprovação da autorização governamental	56
2.4.2	A apresentação de documentos produzidos no exterior	57
2.4.2.1	A aplicação da lei do domicílio da pessoa jurídica	57
2.4.2.2	A regularidade formal da apresentação de documentos produzidos no estrangeiro: consularização e tradução juramentada.....	58
2.4.2.3	A apresentação de documentos “equivalentes”	61
2.4.2.4	A regularidade fiscal do licitante estrangeiro.....	64
2.4.2.5	O abrandamento das exigências e a necessidade de o licitante estrangeiro demonstrar a sua qualificação.....	65
2.4.2.6	A participação de licitante estrangeiro em pregão eletrônico.....	65
2.4.3	A existência de representação legal no Brasil	66
2.4.3.1	A representação legal no Brasil	66
2.4.3.2	Residência e domicílio do representante no Brasil	67
2.4.3.3	A formação jurídica da representação	67
2.4.3.4	Os poderes e as responsabilidades do representante legal	68
2.4.3.5	O prazo da representação	69
2.4.3.6	O momento de comprovação da representação	70
2.4.4	A participação de empresa estrangeira em consórcio	71
2.4.4.1	Possibilidade de consórcio.....	71
2.4.4.2	A questão da liderança.....	71
2.5	O processamento da licitação com a participação de empresas estrangeiras.....	72
2.5.1	A cotação de preços em moeda estrangeira	72

2.5.2	A fixação de condições equivalentes de pagamento.....	73
2.5.3	Conversão da moeda para pagamento	73
2.5.4	As garantias de pagamento ao vencedor	74
2.5.5	A “equalização” das propostas	74
2.5.6	Cotação para o mesmo local de destino	78
2.6	Participação de empresas sediadas em paraísos fiscais	79
2.6.1	Possibilidade de participação em licitações	79
2.6.2	Ainda a questão da equalização das propostas.....	81
2.6.3	A questão da indicação da composição societária	81

CAPÍTULO 3

ASPECTOS GERAIS DAS LICITAÇÕES FINANCIADAS POR ORGANISMOS INTERNACIONAIS.....

3.1	Explicação prévia	83
3.2	A previsão do artigo 42, §5º, da Lei nº 8.666	83
3.3	Os fundamentos para a aplicação de atos internacionais ou regras editadas por organismos financiadores	85
3.3.1	Fundamentos para a aplicação das regras contidas em acordos, protocolos, convenções ou tratados internacionais.....	85
3.3.2	Fundamentos para a aplicação de regras editadas por organismo internacional	88
3.3.3	A relevância prática da compreensão desses fundamentos	89
3.4	Pressupostos para a aplicação das regras previstas em atos internacionais ou editadas por organismos internacionais	93
3.4.1	Ressalvas prévias	94
3.4.1.1	Inexistência de afastamento completo da Lei nº 8.666: a diversidade de matérias tratadas pela lei e a impossibilidade de afastamento do regime jurídico administrativo	94
3.4.1.2	Cabimento não restrito às concorrências.....	98
3.4.1.3	O objeto das licitações realizadas de acordo com atos internacionais ou regras de organismo internacional: a questão das concessões e parcerias público-privadas	100
3.4.2	Primeiro pressuposto: existência de recursos de origem estrangeira.....	103
3.4.2.1	A questão da aplicação de recursos apenas parcialmente originários de fonte estrangeira	103
3.4.2.2	Inaplicabilidade às situações de mera intermediação de recursos nacionais.....	106
3.4.2.3	A questão da contrapartida pela Administração nacional em contratação apartada.....	110
3.4.2.4	A hipótese do financiamento internacional retroativo	112
3.4.2.4.1	A questão da previsão de recursos orçamentários.....	113
3.4.2.4.2	A questão do procedimento aplicável: aproveitamento dos atos praticados?.....	114

3.4.2.4.3	A necessidade de observância dos direitos do contratado	117
3.4.3	Segundo pressuposto: condição essencial imposta pelo organismo internacional para o repasse dos recursos.....	120
3.4.4	Necessidade de comprovação dos dois pressupostos.....	121
3.5	O conteúdo das modificações que podem ser admitidas	122
3.5.1	Impossibilidade de afastamento dos princípios fundamentais.....	122
3.5.1.1	Necessidade de interpretação ampliativa da norma	123
3.5.1.2	O financiamento de recursos e os reflexos sobre os cofres públicos.....	124
3.5.1.3	A natureza dos recursos obtidos mediante doação e os princípios básicos das licitações.....	126
3.5.1.4	A soberania nacional e a indisponibilidade dos interesses fundamentais.....	127
3.5.1.5	O controle sobre as modificações aplicadas.....	128
3.5.1.6	Ainda a ausência de afastamento total da Lei nº 8.666	129
3.5.2	Definição objetiva das regras que orientam a licitação	129
3.5.3	Casuística	130
3.5.3.1	Crêterios de julgamento diferenciados.....	130
3.5.3.2	Modificações procedimentais.....	131
3.5.3.3	Requisitos de qualificação	133
3.5.3.4	Negociação de preços e outras condições da proposta	134
3.6	Outras regras da Lei nº 8.666 aplicáveis a licitações financiadas por organismos internacionais.....	136
3.6.1	Desnecessidade de a empresa estrangeira ter representação legal no Brasil.....	137
3.6.2	Desnecessidade de a empresa brasileira ser líder em consórcio	137
3.6.3	Foro competente para a resolução de controvérsias.....	137
3.6.4	Observação final.....	138
3.7	A revogação e a anulação da licitação realizada com recursos internacionais.....	138
3.7.1	A possibilidade de revogação da licitação em virtude da perda do financiamento.....	138
3.7.2	A questão do aproveitamento dos atos praticados	139
3.7.3	Necessidade de observância do contraditório prévio	140
3.7.4	Possibilidade de questionamento do ato praticado pelo organismo internacional	140

CAPÍTULO 4

A ATUAÇÃO DO ENTE FINANCIADOR E AS QUESTÕES

PROCESSUAIS SUBJACENTES

4.1	Ressalva prévia.....	141
4.2	A atuação do organismo internacional financiador.....	141
4.2.1	Aprovação dos termos do instrumento convocatório	142

4.2.2	O exame de ofício dos atos praticados (“não objeções”).....	142
4.2.3	Decisão de reclamações e protestos	142
4.2.4	Fiscalização da aplicação dos recursos	143
4.2.5	Legitimidade processual dos entes financiadores	143
4.3	Questões processuais peculiares às licitações financiadas por organismos internacionais.....	145
4.3.1	A competência da Justiça Federal.....	146
4.3.2	A competência recursal do Superior Tribunal de Justiça como órgão de segundo grau de jurisdição	146
4.3.3	A competência do presidente do Superior Tribunal de Justiça para a apreciação de pedidos de suspensão de liminar	148
4.3.4	O cabimento de reclamação para a preservação de competência do Superior Tribunal de Justiça	149

CAPÍTULO 5

LICITAÇÕES REALIZADAS COM RECURSOS DO BID E DO

BIRD (BANCO MUNDIAL).....	151
5.1	Explicação prévia151
5.2	A atuação do BID e do BIRD152
5.3	A dualidade de regimes: obras, serviços e bens <i>vs.</i> seleção e contratação de consultores154
5.4	Regras gerais aplicadas à contratação de consultores e à aquisição de bens, obras e serviços155
5.4.1	Âmbito de aplicação das Políticas: financiamento total ou parcial e financiamento retroativo155
5.4.2	Responsabilidade pela condução dos projetos156
5.4.3	Orientações gerais para a condução dos projetos157
5.4.4	Limitação das exigências158
5.4.5	Elegibilidade.....159
5.4.6	Participação de consórcios.....161
5.4.7	Práticas proibidas e os efeitos das sanções aplicadas pelo ente financiador161
5.4.8	O plano de aquisições.....163
5.4.9	A revisão pelo BID e pelo BIRD164
5.4.10	A previsão de preferências nacionais.....164
5.5	As modalidades licitatórias aplicáveis à aquisição de bens e à contratação de obras.....165
5.5.1	A Concorrência (ou Licitação) Pública Internacional167
5.5.1.1	Tipos contratuais (regimes de execução).....167
5.5.1.2	A empreitada integral (<i>turnkey contract</i>).....167
5.5.1.3	O procedimento da concorrência pública internacional168
5.5.1.3.1	A publicidade das licitações168
5.5.1.3.2	A pré-qualificação168
5.5.1.3.3	O edital da licitação169

5.5.1.3.4	Os critérios de julgamento das propostas	170
5.5.1.3.5	As propostas	172
5.5.1.3.6	A abertura e o exame das propostas	174
5.5.1.3.7	A pós-qualificação.....	175
5.5.1.3.8	A decisão acerca das propostas, a “não objeção” e a adjudicação	176
5.5.1.3.9	A possibilidade de impugnação da decisão.....	177
5.5.2	Os demais procedimentos licitatórios.....	177
5.5.2.1	Concorrência (ou Licitação) Internacional Limitada	177
5.5.2.2	Licitação Pública Nacional	178
5.5.2.3	Comparação de Preços (<i>shopping</i>).....	179
5.5.2.4	Contratação direta	179
5.6	As modalidades licitatórias aplicáveis à seleção e contratação de consultores	181
5.6.1	A Seleção Baseada na Qualidade e Custo.....	183
5.6.1.1	Elaboração dos Termos de Referência (TDR).....	183
5.6.1.2	Estimativa de custo (orçamento)	184
5.6.1.3	Publicidade	184
5.6.1.4	A lista curta de consultores	185
5.6.1.5	A solicitação de propostas	186
5.6.1.6	Os tipos contratuais.....	187
5.6.1.7	Recebimento das propostas.....	189
5.6.1.8	Avaliação das propostas técnicas.....	190
5.6.1.9	Avaliação das propostas financeiras	192
5.6.1.10	Definição da proposta vencedora e negociação	193
5.6.1.11	Negociação frustrada e propostas inaceitáveis	195
5.6.1.12	Adjudicação e publicidade do resultado final.....	196
5.6.2	As variações procedimentais.....	196
5.6.2.1	Seleção Baseada na Qualidade.....	196
5.6.2.2	Seleção com Orçamento Fixo	198
5.6.2.3	Seleção Baseada no Menor Custo (ou Seleção pelo Menor Custo).....	198
5.6.2.4	Seleção Baseada nas Qualificações do Consultor.....	199
5.6.2.5	Contratação direta	200
5.7	A revisão do procedimento licitatório pelo BID e pelo BIRD e a formulação de protestos pelos licitantes	202
5.7.1	Revisão do planejamento da contratação	202
5.7.2	Revisão do certame e do contrato.....	202
5.7.2.1	Revisão <i>ex ante</i> (ou revisão prévia).....	202
5.7.2.2	Revisão <i>ex post</i> (ou revisão posterior)	205
5.7.3	A apresentação de protestos e reclamações pelos licitantes.....	205

CAPÍTULO 6

LICITAÇÕES REALIZADAS COM PARTICIPAÇÃO DO PNUD.....209

6.1	Explicação prévia	209
6.2	O contexto institucional e legal do PNUD	210

6.2.1	Criação e objetivos do PNUD.....	210
6.2.2	O PNUD no contexto da ONU.....	211
6.2.3	Instrumentos de definição da atuação do PNUD	212
6.2.4	Atuação do PNUD no Brasil	213
6.3	As parcerias entre o Estado brasileiro e o PNUD	214
6.3.1	As fontes de recursos do PNUD	214
6.3.2	Modalidades de execução de projetos	214
6.3.2.1	A execução direta	215
6.3.2.2	A execução nacional	215
6.3.3	Formação, condução e monitoramento das parcerias na modalidade de execução nacional.....	215
6.3.3.1	A formação da parceria para execução nacional	215
6.3.3.1.1	A Assistência Preparatória (AP)	216
6.3.3.1.2	O Documento de Projeto (PRODOC).....	217
6.3.3.1.3	A Autorização de Adiantamento (AA)	217
6.3.3.1.4	Duração dos projetos.....	217
6.3.3.1.5	Modificações dos documentos de parceria	218
6.3.3.2	A execução do projeto	218
6.3.3.2.1	A atuação do PNUD	218
6.3.3.2.2	A atuação da entidade executora nacional.....	218
6.3.3.2.3	A participação de outras entidades (agências implementadoras).....	219
6.3.3.3	O monitoramento dos projetos	219
6.4	As licitações realizadas com participação do PNUD.....	220
6.4.1	Definição das normas aplicáveis.....	220
6.4.2	As licitações realizadas segundo o Manual de Convergência de Normas Licitatórias	223
6.4.2.1	As modalidades licitatórias	223
6.4.2.1.1	Solicitação de cotação	224
6.4.2.1.2	Solicitação de propostas.....	227
6.4.2.1.3	Concorrência.....	229
6.4.2.1.4	A inclusão do pregão e do registro de preços em Adendo ao Manual de Convergência	230
6.4.2.2	A fase interna das licitações.....	234
6.4.2.2.1	O planejamento das aquisições.....	234
6.4.2.2.2	Postulados para a otimização dos recursos.....	235
6.4.2.2.3	Especificações técnicas nas compras de bens.....	237
6.4.2.2.4	Os Termos de Referência (TOR) nas contratações de serviços técnicos profissionais	237
6.4.2.2.5	Os projetos nas licitações de obras e serviços.....	238
6.4.2.2.6	Habilitação e registro dos licitantes	240
6.4.2.2.7	Documentação e procedimento das licitações	248
6.4.2.3	Exceções ao procedimento licitatório.....	260
6.4.2.3.1	Princípios gerais.....	260
6.4.2.3.2	A dispensa de licitação	262
6.4.2.3.3	A inexigibilidade de licitação	264

6.5	Formalização dos contratos.....	265
6.5.1	Assinatura do contrato.....	265
6.5.2	Garantia de execução do contrato	266
6.5.3	Aditamentos contratuais.....	266
6.5.4	Fiscalização dos contratos.....	267
6.6	Pagamentos ao contratado.....	267
6.6.1	Momento de realização dos pagamentos	267
6.6.2	Adiantamentos e parcelamentos	268
REFERÊNCIAS.....		271